



TÍTULO

**LAS FUSIONES DE LAS SOCIEDADES DE CAPITAL EN EL
ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL**

AUTOR

Carlos Pizarro Suárez

Esta edición electrónica ha sido realizada en 2016

Directora/Tutora	María Belén González Fernández
Curso	Curso de Experto Universitario en Derecho Societario (2014/15)
ISBN	978-84-7993-711-9
©	Carlos Pizarro Suárez
©	De esta edición: Universidad Internacional de Andalucía
Fecha documento	2016



Reconocimiento-No comercial-Sin obras derivadas

Usted es libre de:

- Copiar, distribuir y comunicar públicamente la obra.

Bajo las condiciones siguientes:

- **Reconocimiento.** Debe reconocer los créditos de la obra de la manera especificada por el autor o el licenciador (pero no de una manera que sugiera que tiene su apoyo o apoyan el uso que hace de su obra).
 - **No comercial.** No puede utilizar esta obra para fines comerciales.
 - **Sin obras derivadas.** No se puede alterar, transformar o generar una obra derivada a partir de esta obra.
-
- *Al reutilizar o distribuir la obra, tiene que dejar bien claro los términos de la licencia de esta obra.*
 - *Alguna de estas condiciones puede no aplicarse si se obtiene el permiso del titular de los derechos de autor.*
 - *Nada en esta licencia menoscaba o restringe los derechos morales del autor.*

LAS FUSIONES DE LAS SOCIEDADES DE CAPITAL EN EL ORDENAMIENTO
JURIDICO ESPAÑOL
TRABAJO FINAL MODULO V
VII EDICION CURSO EXPERTO UNIVERSITARIO EN DERECHO SOCIETARIO
CARLOS PIZARRO SUAREZ

***LAS FUSIONES DE LAS
SOCIEDADES DE CAPITAL
EN EL ORDENAMIENTO
JURIDICO ESPAÑOL***

Carlos Pizarro Suárez

**Trabajo Final Experto Derecho Societario UNIA
VII Experto Universitario en Derecho Societario**

INDICE

I. REGIMEN JURIDICO Y DELIMITACION CONCEPTUAL

II. CONSIDERACIONES SOBRE EL REGIMEN FISCAL DE LAS FUSIONES SOCIETARIAS

III. LA ETAPA PREVIA DEL PROCEDIMIENTO DE FUSION SOCIETARIA

3.1.- Los actos preparatorios del proyecto de fusión

3.2.- Contenido del proyecto de fusión

3.3.- Deberes e informe de los administradores

*3.4.- Informe de expertos independientes y publicidad del proyecto de
fusión*

3.5.- Balance de fusión: Contenido y aprobación

IV. FASE DECISORIA Y DE EJECUCION DEL PROYECTO DE FUSION

V. CONCLUSIONES

BIBLIOGRAFIA

I. REGIMEN JURIDICO Y DELIMITACION CONCEPTUAL

A modo introductorio, entiendo puede ser interesante esquematizar tanto la ubicación de la normativa rectora de las operaciones de fusión societaria en el ordenamiento jurídico español, como el articulado concreto que regula dicho procedimiento, encontrándose la misma en la *Ley 3/2009 de 3 de abril de Modificaciones Estructurales de las Sociedades Mercantiles*. La regulación de la fusión está dividida en dos capítulos. En el primero, titulado "De la Fusión en general" se regulan las clases tradicionales de fusión ya sean estas por absorción o por creación de nueva sociedad y, además, las denominadas fusiones especiales ya sean por absorción de sociedad íntegramente participada o absorción por sociedad participada al noventa por ciento (*arts. 49 a 52 LMESM*), y una operación asimilada a la fusión (operación mediante la cual una sociedad se extingue transmitiendo en bloque todo su patrimonio a la sociedad que posee la totalidad de las acciones, participaciones o cuotas correspondientes a aquella *art. 53 LMESM*).

Algunos de los citados preceptos han sido modificados por la Ley 1/2012 de 22 de junio de simplificación de las obligaciones de información y documentación de fusiones y escisiones de sociedades de capital, adaptándose de este modo su contenido a la normativa comunitaria representada por la Directiva 2011/35/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 5 de abril de 2011 relativa a las fusiones de las sociedades anónimas.

Desde el punto de vista jurídico, el artículo 22 LMESM da el concepto de fusión como aquella operación en la cual *“dos o más sociedades mercantiles inscritas se integran en una única sociedad mediante la transmisión en bloque de sus patrimonios y la atribución a los socios de las sociedades que se extinguen de acciones, participaciones o cuotas de la sociedad resultante, que pueda ser de nueva creación o una de las sociedades que se fusionan”*. Desde una perspectiva económica, la fusión ha de incluirse dentro del marco más amplio de la concentración empresarial ya que su finalidad es la unión de los elementos productivos de dos o más unidades empresariales.

Aun cuando en posteriores páginas, ampliaremos con más detalle las diferentes fases de las que consta el procedimiento de fusión societaria, podemos anticipar diferentes momentos como:

1.- Fase Preparatoria: Comprende la realización de los actos necesarios entre las sociedades interesadas y que culmina con la redacción del *proyecto de fusión* y del denominado *balance de fusión*. Estos documentos que deberán ser objeto de verificación (como por ejemplo, informe de administradores y expertos independientes), y de una cierta publicidad (web de la sociedad depósito en RM), deberán someterse a la aprobación de las Juntas Generales de todas las sociedades implicadas en el proceso de fusión.

2.- Fase decisoria: Las Juntas Generales de las sociedades que participen en la fusión adoptarán, en su caso, las decisiones de fusionarse mediante la aprobación del respectivo acuerdo de fusión.

3.- Fase de Ejecución: Logrado el acuerdo de todas las sociedades mediante la aprobación en sus respectivas juntas generales, el acuerdo de fusión debe ser publicado al efecto de posibilitar el ejercicio del denominado "derecho de oposición de los acreedores", el cual transcurrido un determinado plazo se otorgará la correspondiente escritura de fusión, inscribiéndose en el RM y efectuándose la pertinente publicidad en el BORME.

Tal y como indicamos en líneas precedentes, existen básicamente dos métodos de fusión que se presentan como los más habituales, que serían la fusión por creación de nueva sociedad, que supone la extinción de las sociedades que participan en el procedimiento, creándose una nueva sociedad que será la que adquirirá por sucesión universal los derechos y obligaciones de las sociedades extintas. Igualmente tenemos la fusión por absorción, que supone la extinción de la sociedad absorbida y la transmisión en bloque de todo el patrimonio a la sociedad absorbente, que adquirirá también por sucesión universal los derechos y obligaciones de la sociedad absorbida y habrá de aumentar el capital social en la cuantía que proceda para la incorporación de los socios de la sociedad absorbida.

Como casos especialmente particulares o que puedan hacer surgir algún tipo de dudas nos encontramos con la fusión de sociedades en liquidación y la de las declaradas en concurso. Común a todas ellas se encuentra el requisito fundamental de que las mercantiles intervinientes en cualquier proceso de fusión se encuentren inscritas en el Registro Mercantil, excluyendo a las sociedades que no cumplan con el mismo ya sea porque estén en fase de constitución, porque estén en situación de irregularidad de que deberían haber sido inscritas y no lo fueron, o porque pertenezcan al grupo de sociedades a las que se les permite intervenir en el tráfico sin inscripción, como por ejemplo las sociedades colectivas no regulares.

En el caso de la fusión de las sociedades en liquidación, en virtud del artículo 28 de la LMESM, se admite la participación en una fusión de una sociedad de responsabilidad limitada en liquidación, pero siempre que no se haya dado inicio a la distribución de su patrimonio entre los socios. Según la RGDRN de 8 de noviembre de 1995, se admite que una sociedad disuelta de pleno derecho, por haber transcurrido su plazo de duración, participe en un proceso de fusión, si bien en este concreto caso debe concederse a los socios que no hayan votado a favor del acuerdo de fusión un derecho de separación de la misma. Asimismo en cuanto a las fusiones de sociedades declaradas en concurso, la omisión en la antigua Ley de Sociedades Anónimas de la posibilidad de que las sociedades en situación de quiebra o suspensión de pagos participaran de una fusión,

fue interpretada de manera generalizada por la doctrina en un sentido favorable a la admisión de esa posibilidad.

Ya tanto en la antigua LSRL en su artículo 94.3 como la Ley Concursal en su artículo 100.3, admitieron de forma expresa en el primer caso que sería necesaria la autorización judicial para participar en una fusión o escisión en los supuestos en que la liquidación fuese consecuencia de una resolución judicial que declarase el estado de quiebra, o en el caso de la Ley Concursal estableciendo el contenido de la propuesta de convenio y algunas prohibiciones en cuanto al citado contenido (como por ejemplo la cesión de bienes y derechos a los acreedores en pago o para pago de sus créditos), añadiendo que las mismas son sin perjuicio de las quitas que pudieran acordarse y de la posibilidad de fusión, escisión o cesión global de activo y pasivo de la persona jurídica concursada.

II. CONSIDERACIONES SOBRE EL REGIMEN FISCAL DE LAS FUSIONES SOCIETARIAS

Con respecto a la fiscalidad de los procesos de concentración empresarial, en este caso de la fusión de sociedades de capital, se trata de un aspecto verdaderamente fundamental desde el punto de vista práctico, habida cuenta de que el citado aspecto va a condicionar la realización o no de la fusión en cuestión, y su planteamiento integral. De hecho el peso de la fiscalidad es tal que en algunas épocas, incluso llego a oscurecer los demás objetivos y motivaciones de las partes implicadas,

siendo un factor claro que en los últimos 30 años ha sido práctica generalizada en la tendencia legislativa en la mayoría de países occidentales¹ el favorecimiento de las citadas operaciones de concentración empresarial ante el convencimiento de que tienen un claro beneficio social, mejorando por ello la fiscalidad de las mismas.

Desde al año 1992 en adelante, y tal y como indica LARGO GIL², *el cambio fundamental del tratamiento fiscal de la fusión de sociedades afecta a las acordadas a partir del 1 de enero de 1992. La Ley 29/1991 de 16 de diciembre de adecuación de determinados conceptos impositivos a las Directivas y Reglamentos de las Comunidades Europeas, inspirada en el principio de la neutralidad fiscal, ha suprimido la posibilidad de que las fusiones se acojan al tratamiento, especialmente suave, que a las mismas se otorgaba en la Ley 76/1980 de 26 de diciembre sobre Régimen Fiscal especial de las fusiones de empresas y su reglamento, aprobado por real decreto 2182/1981 de 24 de julio, que son derogados. El mencionado principio de neutralidad fiscal está en la base de la Ley 43/1995 de 27 de diciembre del Impuesto de sociedades que deroga parcialmente la ley 21/1991*; reconociéndose en aquel momento una exención cuasi total de los mismos, con la

¹ CALVO VERGEZ, Fusiones y Escisiones de Sociedades. Aspectos prácticos fiscales y contables. La ley. Las Rozas (Madrid) 2011

² LARGO GIL, La Fusión de sociedades mercantiles. Civitas. Madrid 2000.

finalidad de incentivar el desarrollo de procesos de concentración empresarial.

En la actualidad, la tendencia ha sido la de diferir la tributación sobre las plusvalías que puedan generarse, siendo en palabras de CALVO VERGEZ³, *“la ley 29/1991 de 16 de diciembre de adecuación de determinados conceptos impositivos a las Directivas y Reglamentos de las Comunidades Europeas, dictada en aplicación de la Directiva 90/434/CEE de 23 de julio de 1990, represento un cambio sustancial en la concepción de la fiscalidad de esta clase de operaciones. Al amparo de la línea de interpretación adoptada en dicha ley la fiscalidad no debe interferir en el desarrollo de estos procesos sino que debe ser neutral. Y a tal efecto, debe darse opción a los interesados al objeto de que puedan diferir la tributación de los incrementos puestos de manifiesto hasta el momento de su materialización futura, esto es, cuando se transmitan a terceros los bienes, debiendo valorarse dichos bienes adquiridos por su valor histórico”*.

De este modo, podemos afirmar que con la aplicación de este régimen especial en los procesos de reestructuración empresarial se determina, de una parte, el diferimiento de las plusvalías resultantes de las operaciones societarias, y de otra, la valoración fiscal de los bienes y derechos obtenidos por su valor histórico, contenido en el Real Decreto Legislativo 4/2004 en su capítulo VIII de su título VII, artículos 83 a 96.

³ CALVO VERGEZ, Fusiones y Escisiones de Sociedades. Aspectos prácticos fiscales y contables. La ley. Las Rozas (Madrid) 2011

Por otra parte, y como normativa más cercana en el tiempo que afecta al régimen fiscal de las reorganizaciones empresariales, tenemos la Ley 25/2006 de 17 de julio, por la que se modifica el régimen fiscal de las reorganizaciones empresariales y del sistema portuario y se aprueban medidas tributarias para la financiación sanitaria y para el sector del transporte por carretera, sin perder de vista el objetivo final que no es otro que el diferimiento de la tributación de las plusvalías.

Asimismo, es de obligada referencia para cerrar el ámbito normativo y fiscal de las operaciones de reestructuración empresarial, el Real Decreto 1793/2008 de 3 de noviembre, por el que se modifico el Reglamento del Impuesto sobre Sociedades (RIS), aprobado como sabemos mediante Real Decreto 1777/2004, de 30 de julio, que tuvo como principal objeto el desarrollo reglamentario de la Ley 36/2006 de Medidas para la Prevención del Fraude Fiscal, en materia de operaciones vinculadas, siendo objeto de modificación los artículos 42, 43 y 44 del RIS con efectos desde el 1 de enero de 2006, tributando como regla general⁴ las citadas operaciones por el régimen general o por el régimen especial del IS.

El primero de ellos (régimen general), se encuentra recogido en el artículo 15 del TRLIS, en cuyo punto 2, apartado d) se establece que se valoraran por su valor normal de mercado los elementos patrimoniales transmitidos en virtud de fusión (...). Y por lo que respecta al efecto

⁴ CALVO VERGEZ, Fusiones y Escisiones de Sociedades. Aspectos prácticos fiscales y contables. La ley. Las Rozas (Madrid) 2011

producido en la sociedad transmitente de la valoración efectuada por el valor normal de mercado de los elementos patrimoniales transmitidos, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 15.3 RDLeg. 4/2004, se concreta en el hecho de que deberá quedar integrada en la base imponible la diferencia resultante entre el valor normal de mercado y su valor contable.

Además, debemos tener en cuenta en virtud del artículo 15.7 del TRLIS que en los supuestos de fusión, absorción o escisión total o parcial se integrará en la base imponible de los socios, personas jurídicas, la diferencia resultante entre el valor normal de mercado de la participación recibida y el valor contable de la participación anulada, además de que es muy importante tener presente que estos procesos de reestructuración empresarial originan una tributación en dos obligados tributarios, esto es, en las **sociedades transmitentes** las cuales deben incluir en su base imponible en el ejercicio en el que se produce la operación societaria la diferencia entre el valor de mercado de los elementos transmitidos y su valor contable de acuerdo con el artículo 15.3 del TRLIS y en segundo término en los **socios** de dichas entidades transmitentes, que habrán de integrar en la base imponible del ejercicio en que se produzca el canje de valores la diferencia entre el valor normal de mercado de los valores recibidos de la sociedad adquirente y el valor contable de los valores entregados de la sociedad transmitente.

Por último, es importante precisar las consecuencias de la Ley 25/2006 de 17 de julio, como consecuencia de la aplicación de la Directiva

2005/19/CE del Consejo de 17 de febrero de 2005 en el sentido de la aplicación del régimen especial de fusión, canje de valores y cambio de domicilio social de una sociedad europea o una sociedad cooperativa europea de un estado miembro a otro de la UE, que está sujeto a dos requisitos del artículo 96 del TRLIS, debiendo quedar clarificados desde el primer momento y que consisten en comunicar a la Administración la opción elegida y en su no aplicación cuando la finalidad de la operación realizada tenga como finalidad la evasión fiscal o el fraude.

En este sentido la Audiencia Nacional, en su sentencia de 13 de octubre de 2009⁵, relativa a la opción por la aplicación del presente régimen, tratándose de estas operaciones de fusión, subraya el carácter necesario del ejercicio de la opción mediante comunicación expresa al Ministerio de Economía y Hacienda, antes de la inscripción de la escritura.

III. LA ETAPA PREPARATORIA DEL PROCEDIMIENTO DE FUSION SOCIETARIA

Estructuraremos esta etapa básicamente en varias fases diferenciadas al efecto de una mejor comprensión para el lector, y que serán:

3.1.- Los actos preparatorios del proyecto de fusión

⁵

<http://www.poderjudicial.es/search/doAction?action=contentpdf&databasematch=AN&reference=4752280&links=&optimize=20091029&publicinterface=true>

El proyecto de fusión es un contrato preparatorio de la operación, elaborado y suscrito por los órganos de administración de todas las sociedades interesadas en el proceso de concentración, que debe estar firmado por todos los administradores de las entidades concurrentes en la fusión, y de cuyo contenido se hacen los mismos responsables, pudiendo encargarse o delegarse su elaboración a un tercero, normalmente especialista en la materia.

Una vez celebrado y suscrito el mismo, los administradores de las sociedades que se fusionan se abstendrán de realizar cualquier clase de acto o de concluir cualquier contrato que pudiera comprometer la aprobación del proyecto o modificar sustancialmente la relación de canje (art. 30.2 LMESM)⁶.

El proyecto de fusión no obliga a la sociedad que, mediante acuerdo de la Junta General, es libre de aceptar o rechazar el mismo, si bien sí obliga a los administradores a desarrollar cuantas actividades sean necesarias para llevar a cabo la votación del proyecto en Junta General, no implicando la redacción del proyecto de fusión la aprobación de la fusión, y no siendo posible el ejercicio de acción alguna contra la

⁶ GONZALEZ MENESES, M y ALVAREZ, S, en su obra *Las Modificaciones Estructurales de las Sociedades Mercantiles*, Ed. Dykinson, Madrid 2011, entienden que el artículo 30 de la LME atribuye a los administradores la elaboración y suscripción del proyecto de fusión, lo que presupone que son ellos los responsables de todas las negociaciones previas que llevan a la fijación de un determinado contenido del proyecto de fusión.

sociedad que se niegue a la misma (sin perjuicio de la posible responsabilidad de los administradores en el ejercicio de sus funciones).

3.2.- Contenido del proyecto de fusión

Establece el artículo 31 de la LMESM unas menciones mínimas que todo proyecto de fusión debe contener obligatoriamente, si bien éste podrá contener diversas menciones alternativas diferentes⁷ a las exigidas por ley, tal y como expresamos anteriormente. El contenido mínimo exigible reflejado en el artículo 31 de la LMESM es:

- a) identificación de las sociedades participantes en el proceso de fusión*
- b) la determinación del tipo o relación de canje, lo que conlleva el cálculo del valor real del patrimonio de las mercantiles concurrentes y el criterio de reparto de las acciones, participaciones o cuotas.*
- c) la incidencia del proceso sobre los titulares de derechos de la sociedad distintos de las acciones o participaciones sociales*
- d) información contable de las sociedades participantes*
- e) los estatutos de la sociedad resultante de la fusión*

⁷ GONZALEZ MENESES, M y ALVAREZ, S, en su obra Las Modificaciones Estructurales de las Sociedades Mercantiles, Ed. Dykinson, Madrid 2011, opinan que el proyecto puede contener otras menciones voluntarias. La ley se ocupa del proyecto en su finalidad informativa, pero el mismo tiene también una finalidad preparatoria, pues en las negociaciones se puede llegar a acuerdos sobre los que sea oportuno que se extienda el acuerdo de las juntas generales, pero respecto de las cuales no sea necesaria la publicidad.

Hay que poner de relieve que, en determinados casos y situaciones, el citado contenido mínimo anteriormente expuesto se simplifica eliminando alguna de las menciones necesarias, tales como en el caso de absorción de sociedad íntegramente participada del artículo 49 de la LMESM. En otras situaciones en las que el contenido del proyecto no se simplifica, hay una exención del requisito de la publicidad del proyecto de fusión previa a la celebración de las juntas generales de las sociedades que se fusionan (artículo 42.1 LMESM).

Existe por último, un contenido potestativo que puede incluirse por parte de los administradores tales como menciones a las razones que justifican la operación de fusión, al régimen fiscal de la misma, modificaciones llevadas a cabo en los estatutos, u otras modificaciones que se hayan tenido que llevar a cabo.

3.3.- Deberes e informe de los administradores

Como dijimos en líneas precedentes, los administradores de las sociedades que concurren en un proceso de fusión tienen obligatoriamente que cumplir con ciertos deberes y conducta, representando el momento de la suscripción del proyecto de fusión el nacimiento de una doble obligación tanto positiva como negativa consistente en:

1.- La obligación negativa consiste en la prohibición de concluir actos o contratos que pudieran perjudicar la aprobación final del proyecto de fusión o alterar sustancialmente la relación de canje (art. 30.2 LMESM)

2.- La obligación positiva consiste en informar a las juntas generales de las modificaciones patrimoniales que pudieran influir en la realización de la fusión (art. 39.3 LMESM), tales como una causa externa como la insolvencia de un proveedor, errores en la contabilización de alguna partida en el balance, o similares, obligación que no solo se hace extensible a hechos acaecidos a la propia sociedad que administran sino a cualquiera de las participantes en el proceso de fusión. Dicha información no será exigible cuando en todas o en cada una de las sociedades concurrentes a la fusión, lo acuerden todos los socios con derecho a voto, y en su caso, de quienes de acuerdo con la ley o los estatutos pudieran ejercer legítimamente ese derecho (art. 39.3 LMESM). Es necesario acotar esta excepción al deber de informar mediante dos aclaraciones, siendo la primera que debe existir el acuerdo unánime de todos y cada uno de aquellos que posean derecho a voto , además de que dicho acuerdo unánime no es el que recae sobre el acuerdo de fusión sino que debe tener por objeto eximir expresamente a los administradores de informar sobre las modificaciones importantes del activo y pasivo.

Con respecto al informe sobre el proyecto de fusión que los administradores deben elaborar explicando y detallando el mismo en sus aspectos jurídicos y económicos, con especial referencia al tipo de canje y a las especiales dificultades de valoración que pudieran acaecer, así como las implicaciones de la fusión para los socios, los acreedores y los trabajadores (art. 33 LMESM), aclarar que el mismo debe tener un

contenido informativo y ha de reflejar tanto las ventajas como los problemas o incertidumbres de la operación, ya que sino los socios podrían incurrir en responsabilidad. El informe ha de referirse detalladamente a los aspectos jurídicos⁸ y económicos⁹ de la fusión.

No existe norma legal que arroje luz alguna sobre cual es el momento para la redacción del citado informe de administradores, aunque de la lectura de los artículos 30.1 y 39.1 de la LMESM podemos inducir que ha de producirse durante el periodo comprendido entre la suscripción del proyecto de fusión y la convocatoria de la junta general que deba decidir sobre la fusión. Aclarar que el informe puede ser único para todas las mercantiles concurrentes o uno por cada una de ellas, que será lo más habitual, suscrito y firmado por todos y cada uno de los administradores de la sociedad o sociedades, pudiendo faltar la firma de alguno de ellos previa justificación.

⁸ Se debe aclarar a los socios lo que implica el proceso de fusión, y sus diversas fases pero sobre todo los cambios que se van a producir, resaltando las modificaciones estatutarias y las que se deriven del cambio de tipo en fusiones heterogéneas, tal y como reflejan GONZALEZ MENESES, M y ALVAREZ, S, en Las Modificaciones Estructurales de las Sociedades Mercantiles, Ed. Dykinson, Madrid 2011

⁹ La fusión debe quedar justificada explicando para ello los objetivos que se persigan con la misma. La ley exige especial referencia al tipo de canje lo que implica que se expliquen los criterios seguidos para establecerlo con las ventajas y limitaciones del tipo de canje escogido, en GONZALEZ MENESES, M y ALVAREZ, S, en Las Modificaciones Estructurales de las Sociedades Mercantiles, Ed. Dykinson, Madrid 2011

Con respecto al contenido del citado informe del proyecto de fusión, y aunque la ley es laxa al respecto en cuanto a su contenido , la ley se limita a decir que debe especificarse como mínimo:

- *El tipo de canje.*
- *Posibles dificultades de valoración existentes.*
- *Detalle completo de aspectos jurídicos y económicos del proyecto.*
- *Constancia de implicaciones de la operación en socios y trabajadores.*

3.4.- Informe de expertos independientes y publicidad del proyecto de fusión

La especial trascendencia económica que conlleva un proceso de fusión, hace que la ley establezca determinadas cautelas acerca de toda aportación no dineraria que se haga a una sociedad en virtud del artículo 67 y 72 de la LSC, al igual que la transparencia que debe informar todo proceso complejo como es el de la fusión propiamente dicha, donde efectivamente exista una comprobación de los datos que aparecen en el proyecto de fusión, con una especial atención a las magnitudes económicas y valoraciones además de la correspondiente relación de canje, en virtud del artículo 34 de la LMESM.

Con respecto al contenido del informe de expertos independientes¹⁰, debemos distinguir dos partes bien diferenciadas:

1.- En primer lugar se han de exponer los metidos utilizados por los administradores para establecer el tipo de canje de las acciones, participaciones o cuotas de los socios de las sociedades que se extinguen. Igualmente explicar si esos métodos son adecuados, con expresión de los valores que conducen, y manifestar la opinión si el tipo de canje es correcto o no está justificado.

2.- En segundo lugar, los expertos deberán informar acerca de si el patrimonio aportado por las sociedades que se extinguen es igual, al menos, al capital de la nueva sociedad o al importe del aumento del capital de la sociedad absorbente.

Hay determinadas situaciones sin embargo, en las que o se exime la realización del citado informe de expertos, o directamente se reduce su contenido a la segunda de las partes señaladas, y que podríamos calificar como fusiones especiales:

1.- En primer lugar el informe de expertos es necesario cuando alguna de las sociedades concurrentes en el proceso de fusión es una sociedad

¹⁰ O informes, dado que el presente régimen no ha variado con respecto al instaurado en la LSA donde se permitía recurrir a una pluralidad de informes o a un único documento, siempre en función del criterio escogido por los administradores respectivos, y siempre movidos bajo criterios de transparencia, uniformidad y de costes, según SANCHEZ-CALERO GUILARTE, J en La Junta General en la Sociedades de Capital, Thomson Civitas. Madrid. 2007.

anónima o comanditaria por acciones (art. 34.1 LMESM), si bien el mismo no será necesario cuando:

- Se esté produciendo una absorción de sociedad íntegramente participada (art. 49.1.2ª LMESM)
- Cuando la sociedad absorbente que sea titular directa del noventa por ciento o más, pero no de la totalidad del capital, o de las sociedades anónimas o de responsabilidad limitada que vayan a ser objeto de absorción, ofrezca a los socios de las sociedades absorbidas la adquisición de sus acciones o participaciones sociales estimadas en su valor razonable, dentro de un plazo determinado que no podrá ser superior a un mes a contar desde la fecha de la inscripción de la absorción en el Registro Mercantil (art. 50 LMESM).

2.- En segundo lugar, existe un concreto supuesto en el que el informe solo debe contener la opinión de si el patrimonio aportado por las sociedades que se extinguen es igual, al menos, al capital de la nueva sociedad o al importe del aumento de capital de la sociedad absorbente.

Con respecto a la publicidad del citado proyecto de fusión en el momento de haber sido elaborado, una vez suscrito el mismo, y antes de que se convoque la junta general que ha de decidir sobre la operación, el mismo es objeto de publicidad, dado que constituye una pieza clave del derecho de información de los socios y demás sujetos a quienes puede afectar la fusión.

Así, el mismo ha de insertarse en la página web de cada una de las sociedades que participan en la fusión (art. 32.1 LMESM), y caso de que algunas de las mismas participantes no tuviera web, el proyecto habrá de depositarse en el Registro Mercantil (art. 32.2 LMESM). Aun así, el citado requisito de la publicidad no es exigible cuando el acuerdo de fusión se adopta en junta general por unanimidad de todos los socios con derecho a voto, y en su caso de quienes de acuerdo con la ley o los estatutos ejerzan legítimamente tal derecho.

Concretamente dicha publicidad debe ir revestida de determinadas formalidades tales como que la inserción del proyecto de fusión en la página web corporativa se hará de forma gratuita en el BORME con expresión de la página web en la que figure y su fecha, además de que dicha inserción y su fecha se acreditarán mediante la certificación del contenido de aquella, remitido al correspondiente Registro Mercantil, debiéndose publicar en el boletín oficial del registro mercantil en los cinco días siguientes a la recepción de la última certificación.

Dicha publicación en la página web y en el BORME deberá hacerse con un mes de antelación a la fecha prevista para la celebración de la Junta General que haya de acordar la fusión. Igualmente dicha publicación deberá mantenerse hasta el cumplimiento del plazo que tienen los acreedores para el ejercicio de su derecho de oposición a la fusión.

3.5.- Balance de fusión: Contenido y aprobación

En caso de fusión, y con algunas salvedades, ha de elaborarse un balance de fusión para cada una de las sociedades que concurren en al proceso de fusión que acompañará al proyecto común de fusión como documento informativo, que habrá de ser aprobado por junta de socios y podrá ser objeto de impugnación¹¹ que , no obstante, no impedirá por sí mismo la ejecución de la fusión, según de articula en los artículos 36 a 38 de la LMESM.

El primer rasgo importante del citado balance es tanto su carácter obligatorio en fusiones de sociedades limitadas, dado que proporciona una información contable importante acerca de las sociedades participantes en la operación, y por tanto, en la relación de canje de las acciones o participaciones, como que el mismo se elaborará conforme a los métodos y criterios de presentación de un balance anual, y de hecho se permite el uso del último balance de ejercicio si hubiere sido cerrado dentro de los seis meses anteriores a la fecha del proyecto de fusión.

Finalmente el balance de fusión deberá ser objeto de verificación contable para comprobar si la misma cumple con los requisitos que le

¹¹ Esta mención sobre la impugnación del balance de fusión proviene de la antigua LSA de 1951 en la que el balance era el documento que se utilizaba para el cálculo de la cuota de liquidación en el caso de derecho de separación, siendo por tanto una reminiscencia histórica que lo que reconocía era una posibilidad de impugnación por lesión patrimonial al socio por efecto de la fusión, en GONZALEZ MENESES, M y ALVAREZ, S, en Las Modificaciones Estructurales de las Sociedades Mercantiles, Ed. Dykinson, Madrid 2011

imponen la obligación de auditar, así como de aprobación por la junta general.

El artículo 36.1 LMESM permite considerar como balance de fusión tanto al último balance de ejercicio que cumpla con los requisitos de haber sido aprobado y cerrado dentro de los seis meses anteriores a la fecha del proyecto de fusión (lo normal será utilizar como balance de fusión, un balance de ejercicio cerrado con más de seis meses de anticipación a la fecha de celebración de la junta¹²), como a un balance específicamente elaborado con motivo de la fusión, redactado con anterioridad al principio del tercer mes precedente a la fecha del proyecto de fusión. Igualmente podemos considerar balance de fusión al elaborado con una finalidad diferente a la fusión con posterioridad al primer día del mes precedente a la fecha del proyecto de fusión.

El balance de fusión será elaborado conforme a los criterios y métodos de presentación del balance integrante de las cuentas anuales. Aunque se permite la utilización del último balance anual aprobado y cerrado dentro de los seis meses anteriores a la fecha del proyecto de fusión, y aunque si se elabora un balance ad hoc deberá seguir los mismos métodos y

¹² Los tribunales han sido algo más flexibles en este punto en los casos de fusiones ordinarias respecto al balance, resolviendo por ejemplo la SAP de Barcelona de 5 de mayo de 2008 un caso en el que el balance cumplía el plazo respecto del proyecto, pero se introducía con posterioridad una modificación al mismo, entendiéndose que éste extremo no invalidaba este balance, en GONZALEZ MENESES, M y ALVAREZ, S, en Las Modificaciones Estructurales de las Sociedades Mercantiles, Ed. Dykinson, Madrid 2011

criterios de presentación que el último balance anual, el legislador es consciente de que la finalidad del balance de fusión se separa de la contemplada con carácter genérico cuando se elabora el balance de las cuentas anuales, permitiéndose por ello la realización de correcciones de valor. Dichas correcciones de valor están autorizadas por ley cuando las modificaciones en el valor razonable de los bienes, derechos u obligaciones hayan sido importantes, lo que deberá ser valorado caso por caso. Por otro lado, es posible también crear nuevas partidas en el balance cuando ello fuera necesario y así, por ejemplo, ha de admitirse la valoración e inclusión del fondo de comercio de las sociedades a extinguir. Por último reseñar que el balance de fusión deberá ser verificado por el auditor de cuentas de la sociedad, cuando exista obligación de auditar, en virtud del art. 37 de la LMESM.

Asimismo, el balance de fusión deberá ser sometido a la aprobación de la junta de socios que resuelva sobre la operación, en virtud del artículo 37 de la LMESM, es decir, que en esa junta deberá adoptarse un acuerdo de aprobación de la operación del proyecto de fusión, debiendo ser incluido de forma independiente en el orden del día y bastando en principio una mayoría ordinaria para su aprobación, si bien nada dice expresamente la ley al respecto.

IV. FASE DECISORIA Y DE EJECUCION DEL PROYECTO DE FUSION

La adopción del acuerdo de fusión es competencia exclusiva de la junta general de cada una de las mercantiles concurrentes en el proceso de fusión. O sea, que si se trata de una fusión por creación de una nueva sociedad, habrá que adoptar el acuerdo las juntas de cada una de las sociedades que se extinguen, y tratándose de una fusión por absorción, deberán votar favorablemente a la misma tanto la/s junta/s de la sociedad/es absorbente como la de la/s sociedad/es absorbida/s. Sin embargo en el caso de que se trate de una absorción de una sociedad íntegramente participada, la misma puede realizarse sin necesidad de que se apruebe la fusión por las juntas generales de la sociedad absorbida o absorbidas (art. 49.1.4º LMESM), además de que cuando la sociedad absorbente fuere titular de más del noventa por ciento del capital social de la absorbida, no será necesaria la aprobación de la fusión por la junta general de la sociedad absorbente, siempre que concurren los requisitos del artículo 51 de la LMESM.

Con respecto a la convocatoria de la junta general que debe decidir sobre la fusión, debe haber un plazo mínimo de un mes entre esa convocatoria y la fecha prevista para la celebración de la misma (art. 40.2 LMESM). En segundo lugar, debe citarse que la citada junta no podrá convocarse hasta que se haya publicado en el BORME bien el proyecto de fusión en la página web de la sociedad o bien el depósito de dicho proyecto en el Registro Mercantil en virtud del artículo 32.2 LMESM y 226.4 RRM.

En tercer lugar, el texto de la convocatoria debe contener las menciones exigidas con carácter general en el artículo 174 LSC.

Asimismo, y desde el momento en el que se publique o comuniquen individualmente la convocatoria de la junta general para decidir sobre la fusión, recae sobre los administradores la obligación bien de colgar en la página web la misma, o bien de tenerlos disponibles en el domicilio social los documentos enumerados en el artículo 39.1 de la LMESM.

En el caso de que la convocatoria deba hacerse por varios medios (BORME y diario), la documentación debe colgarse o tenerse disponibles partir de la primera de las publicaciones efectuadas. El acuerdo de fusión deberá de ser adoptado por la junta general de cada una de las sociedades que participan en la fusión (art. 40.1 LMESM), si bien en algunas fusiones especiales se prevé que, bajo ciertas condiciones no es necesario el acuerdo de la junta de las sociedades absorbidas (art. 49.1.4º LMESM), o incluso de la sociedad absorbente (art. 51 LMESM).

El citado acuerdo se adoptará con los requisitos y formalidades establecidos en el régimen de las sociedades que se fusionan (art. 40.1 LMESM), afectando esta previsión principalmente al régimen de mayorías del acuerdo que se regirá por la normativa propia de cada una de las sociedades que participan en la fusión. El legislador ha dejado muy claro en el artículo 40.1 LMESM que el acuerdo de las juntas habrá de ajustarse estrictamente al proyecto común de fusión y añade que cualquier acuerdo de una sociedad que modifique el proyecto de fusión equivaldrá al rechazo de la propuesta, y así evitar cualquier tipo de polémica sobre si las juntas pueden modificar el proyecto de fusión,

pudiendo sin embargo a mi entender llevar a cabo correcciones de errores manifiestamente materiales.

Si bien no hay establecido ningún plazo para la adopción del acuerdo de fusión, cabe deducirse de otros artículos como el 30.3 LMESM que establece un plazo de seis meses entre la suscripción del proyecto de fusión y su aprobación. Trascurrido este plazo, el proyecto quedará sin efecto si no hubiera sido aprobado por las juntas de socios de todas las sociedades que participen en la fusión.

El contenido mínimo del acuerdo de fusión, de conformidad con el art. 228.1 RRM será:

- 1.- Identidad de las sociedades participantes*
- 2.- Los estatutos que hayan de regir el funcionamiento de la nueva sociedad, así como la identidad de los administradores, y en su caso de los auditores de cuentas.*
- 3.- El tipo de canje de las participaciones, y en su caso, la compensación complementaria en dinero que se prevea.*
- 4.- El procedimiento de canje de las acciones o participaciones que se extinguen*
- 5.- Fecha de inicio de la consideración de las operaciones como incluidas en la contabilidad de la sociedad*

6.- Los derechos que hayan de otorgarse en la sociedad absorbente o en la nueva sociedad a los titulares de acciones de clases especiales, a los titulares de participaciones privilegiadas y a quienes tengan derechos especiales distintos de las acciones o de las participaciones en las sociedades que se extingan, o en su caso, las opciones que se les ofrezcan.

7.- Las ventajas de cualquier clase que hayan de atribuirse a la sociedad absorbente o en la nueva sociedad a los expertos independientes que hayan intervenido en el proyecto de fusión, así como a los administradores de las sociedades que hayan intervenido en al elaboración del proyecto de fusión.

Por último, una vez adoptado el acuerdo de fusión, el mismo deberá ser publicado en el BORME y en uno de los diarios de gran circulación en las provincias en las que cada una de las sociedades participantes en la fusión tenga su domicilio en virtud del artículo 43.1 LMESM, no siendo necesaria la publicidad cuando el acuerdo de fusión se comunique individualmente por escrito a todos los socios y acreedores por un procedimiento que asegure la recepción de aquel en el domicilio que figure en la documentación de la sociedad (art. 43.2 LMESM).

Tras la adopción del acuerdo de fusión, debemos tener en cuenta tanto la tutela de los socios, como de los titulares de derechos especiales y de los acreedores sociales, proporcionada por la necesaria y estricta normativa de publicidad exigida en el proceso de fusión que hemos expresado en

líneas precedentes, y que está reflejado en la LMESM en los artículos 39 al 44.

Un punto muy importante son los efectos de la fusión sobre la responsabilidad de los socios o accionistas tal y como refleja el artículo 48 de la LMESM que dice: "Salvo que los acreedores sociales hayan consentido de modo expreso la fusión, los socios responsables personalmente de las deudas de las sociedades que se extingan por la fusión contraídas con anterioridad a esa fusión, continuarán respondiendo de esas deudas. Esta responsabilidad prescribirá a los cinco años a contar desde la publicación de la fusión en el «Boletín Oficial del Registro Mercantil».

Por último, debemos tener en cuenta que tras terminar todo el proceso de fusión, el mismo debe elevarse a escritura pública notarial¹³ para así tener su preceptiva entrada en el registro mercantil en virtud del artículo 45.1 LMESM y 227.1 RRM, no siendo pacífica la doctrina en el sentido de que deba instrumentarse en una única escritura o en varias.

La escritura deberá ser otorgada, en nombre de las sociedades otorgantes, por sus respectivos administradores o bien por aquellos que hubieran sido expresamente designados. Por otro lado, la escritura de fusión no podrá otorgarse antes de un mes contado desde la fecha del

¹³ Así lo entiende GONZALEZ MENESES M, y GONZALEZ ALVAREZ, S, en Las Modificaciones Estructurales de las Sociedades Mercantiles, Ed. Dykinson, Madrid 2011 manifestando que la 3ª Directiva en su artículo 17 dice que la finalidad de la escritura es el control de la operación por un profesional del derecho independiente.

último anuncio del acuerdo de la junta general (...) en virtud del artículo 44.1 LMESM.

El artículo 46.1 LMESM establece que la inscripción en el RM competente de la nueva sociedad, o en su caso, de la absorción es determinante para lograr la eficacia de la fusión, con lo que la inscripción de la fusión se considera constitutiva. El Registro Mercantil competente será el correspondiente al domicilio de la sociedad absorbente o a la nueva sociedad, según se desprenda de sus estatutos, y ha de solicitarse dentro del mes siguiente al otorgamiento de los documentos necesarios para la práctica de la misma, es decir, de la escritura pública de fusión.

En cuanto a las sociedades extinguidas, y una vez llevada a cabo la inscripción de la fusión, el propio registrador cancelará de oficio la cancelación de los respectivos asientos de las sociedades precedentes, trasladando literalmente a la nueva hoja los que hayan de quedar vigentes (art. 46.2 LMESM y 233.1 RRM), siendo la actuación a seguir caso de que estén en diferentes registros la comunicación entre los mismos para llevar a cabo las respectivas cancelaciones, y el citado traslado a la nueva hoja de los datos de la nueva sociedad resultante (art. 233.2 RRM).

Una vez inscrita la fusión en el Registro Mercantil, la misma se publicará en el BORME para lo cual se ordena que los registradores mercantiles

involucrados remitan los datos al Registro Mercantil Central (art. 234 RRM).

V. CONCLUSIONES

Con el análisis llevado a cabo en el presente trabajo, y siempre con las limitaciones evidentes de espacio y tiempo, he intentado realizar un acercamiento a los elementos más importantes de la fusión como modificación estructural.

Algunas conclusiones que pueden resultar interesantes tras la lectura del mismo son las siguientes:

1. La fusión es un mecanismo que presenta unas características muy claras, pero de las cuales pueden extraerse muchas ideas, aunque siempre debe partirse del concepto legal del art. 22 de la Ley de Modificaciones Estructurales, constando la fusión de diversas fases como son la fase de preparación en la que se llevan a cabo los actos necesarios para la realización del correspondiente proyecto de fusión y balance de fusión, fase decisoria en la que ya se pone de manifiesto lo realizado en la fase previa y se toman las decisiones correspondientes por parte de las respectivas juntas generales, y la fase de ejecución como último paso para el proceso de fusión en la que se le da la oportunidad a los accionistas disidentes a ejercer su derecho de oposición, además de la elevación a escritura pública y la debida publicidad registral, todas ellas igual de importantes y con determinados requisitos y procedimientos diferenciados.

2. La fusión es un procedimiento que ha de diferenciarse de otros mecanismos que son semejantes a ella en la medida en que cumplen fines similares a la misma, y que implican la posible confusión de la fusión con otros procesos jurídicos de concentración empresarial tales como las uniones de empresas, joint venture y acuerdos entre sociedades, entre otros.

3. El artículo 42 LME se ha convertido en el eje fundamental de la flexibilización y simplificación procedimental de la fusión pensado, sobre todo, para aquellas sociedades de pequeñas dimensiones, que por ser de un tipo social diferente a la SA o SComA, pueden reunir a todos sus socios en junta (o puede no ser necesario, si la forma social permite la adopción del acuerdo de otra manera) para aprobar el acuerdo de fusión por unanimidad. El precepto permite eludir casi todas las exigencias relativas a la preparación y el acuerdo de fusión, y es por ello, por lo que en la práctica se están efectuando tantas fusiones siguiendo el procedimiento «súper simplificado» del artículo 42 LME.

4. Existen dos elementos fundamentales en la fusión, que no son otros que la continuidad en la participación de los socios o accionistas en la sociedad resultante de la fusión y el tipo de canje -aspecto éste último de gran importancia-, en la medida en que ambos afectan al trasvase de los socios o accionistas de las sociedades que se extinguen con la operación a la sociedad resultante de la misma.

5. Al margen de las fusiones especiales, reflejadas en los arts. 49 y ss. de la Ley 3/2009, existe un procedimiento general para llevar a cabo la fusión constituido por una serie de actos formales que han de llevarse a cabo para que la operación sea válida, aunque también deben tenerse en cuenta las actuaciones preparatorias que llevarán a cabo las sociedades con carácter previo a los actos formales de fusión.

6. La LME establece un mecanismo para que los sujetos afectados por la fusión impugnen la operación solo en aquellos casos en los que la misma se haya realizado contraviniendo lo recogido en la Ley, así que es imposible que un tercero pueda rescindir o revocar una fusión llevada a cabo conforme a lo establecido en la Ley 3/2009.

Asimismo, la Ley reconoce el derecho de los socios o accionistas y de los terceros a ser indemnizados por los daños y perjuicios que pudieran sufrir como motivo de la fusión.

7. Son también importantes los efectos de la fusión sobre la responsabilidad personal de los socios o accionistas de las sociedades que se extinguen con la operación, donde el artículo 48 de la Ley 3/2009 es clave: “Salvo que los acreedores sociales hayan consentido de modo expreso la fusión, los socios responsables personalmente de las deudas de las sociedades que se extingan por la fusión contraídas con anterioridad a esa fusión, continuarán respondiendo de esas deudas. Esta responsabilidad prescribirá a los cinco años a contar desde la publicación de la fusión en el Boletín Oficial del Registro Mercantil”, no operando

dicha responsabilidad en los casos en los que los acreedores de la sociedad consientan en la modificación estructural.

Otros ejemplos explicativos fuera de la LMESM en los que existiría responsabilidad personal de socios o accionistas serían en el caso de las sociedades irregulares que en virtud del art 37.2 de la LSC recoge la responsabilidad personal de los socios en lo que a la realización de actos y contratos necesarios para la inscripción de la sociedad en formación se refiere al decir que “Los socios responderán personalmente hasta el límite de lo que se hubieran obligado a aportar”.

Igualmente tenemos las aportaciones dinerarias de los socios donde se establece la responsabilidad solidaria de los socios o accionistas realicen aportaciones no dinerarias en virtud de los artículos 73.1 y 77 de la LSC, además del caso en el que una sociedad devenida irregular posteriormente se inscriba en virtud del artículo 39.1 de la LSC donde afirma que “Una vez verificada la voluntad de no inscribir la sociedad y, en cualquier caso, transcurrido un año desde el otorgamiento de la escritura sin que se haya solicitado su inscripción, se aplicarán las normas de la sociedad colectiva o, en su caso, las de la sociedad civil si la sociedad en formación hubiera iniciado o continuado sus operaciones”, no operando la citada responsabilidad si hay una posterior inscripción de la sociedad.

BIBLIOGRAFÍA

- CALVO VÉRGEZ, Fusiones y escisiones de Sociedades. La Ley. Las Rozas (Madrid) 2011.
- CASTAÑER CODINA, J, COLOMA COSTA V, y ROSET PARRAMON, C Todo Sociedades de Responsabilidad Limitada. Wolters Kluwers España. Valencia, 2011
- GONZALEZ MENESES, M y ALVAREZ, S, Las Modificaciones Estructurales de las Sociedades Mercantiles. Ed. Dykinson. Madrid 2011
- LARGO GIL, La fusión de las Sociedades de Capital. Civitas. Madrid 2000.
- SANCHEZ-CALERO GUILARTE, J en La Junta General en la Sociedades de Capital, Thomson Civitas. Madrid. 2007

**LAS FUSIONES DE LAS SOCIEDADES DE CAPITAL EN EL ORDENAMIENTO
JURIDICO ESPAÑOL
TRABAJO FINAL MODULO V
VII EDICION CURSO EXPERTO UNIVERSITARIO EN DERECHO SOCIETARIO
CARLOS PIZARRO SUAREZ**

|